

## Решение № 03-10.1/12-2017

о признании жалобы частично обоснованной

18 января 2017 г.

г. Омск

Комиссия Омского УФАС России по контролю в сфере закупок на территории Омской области (далее - Комиссия) в составе:

<...>,

рассмотрев жалобу ООО «Базис» (далее – Заявитель, Общество) на действия бюджетного учреждения здравоохранения Омской области «Клинический медико-хирургический центр Министерства здравоохранения Омской области» (далее - Заказчик) при осуществлении закупки «Поставка имплантов для операций на позвоночнике» путем проведения электронного аукциона (извещение № 0352200029816000341) (далее – электронный аукцион),

в присутствии <...>,

### У С Т А Н О В И Л А:

**1.** В Омское УФАС России до окончания срока подачи заявок на участие в электронном аукционе поступила (вх. № 108 от 11.01.2017) жалоба Заявителя на положения документации об аукционе, нарушающие требования Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Федеральный закон о контрактной системе).

**2.** На запрос Омского УФАС России (исх. № 03-145 от 12.01.2017) Заказчиком были представлены (вх. № 283 от 17.01.2017) возражения на доводы жалобы и материалы электронного аукциона, из которых следует, что 26.12.2017 на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок (далее - официальный сайт ЕИС) были размещены извещение и документация об электронном аукционе с начальной (максимальной) ценой контракта 3976371 руб.

В протоколе рассмотрения первых частей заявок на участие в аукционе от 12.01.2017 указано, что на участие в электронном аукционе поступило три заявки, одному участнику закупки было отказано в допуске к участию в электронном аукционе.

Согласно протоколу проведения аукциона от 16.01.2016 единственным участником закупки сделано ценовое предложение 3956489 руб.

**3.** В результате рассмотрения жалобы, представленных материалов, возражений представителей сторон, осуществления в соответствии с частью 15 статьи 99 Федерального закона о контрактной системе внеплановой проверки Комиссия установила следующее:

**3.1.** В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 64 Федерального закона о контрактной системе документация об электронном аукционе наряду с информацией, указанной в извещении о проведении такого аукциона, должна содержать наименование и описание объекта закупки и условия контракта в соответствии со [статьей 33](#) настоящего Федерального закона, в том числе обоснование начальной (максимальной) цены контракта.

Пунктом 1 части 1 статьи 33 Федерального закона о контрактной системе установлено, что описание объекта закупки должно носить объективный характер. **В описании объекта закупки указываются функциональные, технические и качественные характеристики,** эксплуатационные характеристики объекта закупки (при необходимости). В описание объекта закупки не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, наименование места происхождения товара или наименование производителя, а также требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа, обеспечивающего более точное и четкое описание характеристик объекта закупки. Документация о закупке может содержать указание на товарные знаки в случае, если при выполнении работ, оказании услуг предполагается использовать товары, поставки которых не являются предметом контракта. При этом обязательным условием является включение в описание объекта закупки слов «или эквивалент», за исключением случаев несовместимости товаров, на которых размещаются другие товарные знаки, и необходимости обеспечения взаимодействия таких товаров с товарами, используемыми заказчиком, а также случаев закупок запасных частей и расходных материалов к машинам и оборудованию, используемым заказчиком, в соответствии с технической документацией на указанные машины и оборудование.

Исходя из требований пункта 7 части 1 статьи 33 Федерального закона о контрактной системе заказчик при описании в документации о закупке объекта закупки должен руководствоваться, в частности правилом, согласно которому поставляемый товар должен быть новым товаром (товаром, который не был в употреблении, в ремонте, в том числе который не был восстановлен, у которого не была осуществлена замена составных частей, не были восстановлены потребительские свойства) в случае, если иное не предусмотрено описанием объекта закупки.

Пункт 6 «Требования к гарантийному сроку товара и (или) объему предоставления гарантий его качества, к гарантийному обслуживанию товара, к расходам на эксплуатацию товара, к обязательности осуществления монтажа и наладки товара, к обучению лиц, осуществляющих использование и обслуживание товара.

В случае определения поставщика новых машин и оборудования требования к предоставлению гарантии производителя и (или) поставщика данного товара и к сроку действия такой гарантии» документации об аукционе содержит следующее условие: «Остаточный срок годности товара, должен быть не менее 80 % от первоначального на дату поставки товара Заказчику».

В жалобе Заявителя указано:

«В п. 6 Аукционной документации указано требование о том, что остаточный срок годности товара, должен быть не менее 80 % от первоначального на дату поставки товара Заказчику.

Указанное требование Заказчика об остаточном сроке годности товара (медицинского изделия), выраженном в процентах, по мнению Министерства экономического развития (ПИСЬМО от 6 мая 2016 г. № ОГ-Д28-6298), Федеральной антимонопольной службы России (Письмо ФАС России от 31.10.2014 № АЦ/44495/14 «О рассмотрении обращения») может повлечь за собой установление неравных условий для производителей медицинских изделий, ограничение конкуренции и количества участников закупок, остаточный срок годности таких товаров, установленный в документации о закупках государственными и муниципальными заказчиками, должен быть обоснован и определен конкретным периодом (например, в годах, месяцах, днях), в течение которого медицинские изделия сохраняют свою пригодность, либо конкретной датой, до которой указанные товары сохраняют свою пригодность для использования по назначению.

При прочих равных характеристиках закупаемых товаров одного товарного рынка заказчику необходимо обосновывать требуемый остаточный срок годности, который не может быть меньше срока, в период которого заказчик планирует использовать (применить) товар по назначению. Если заказчик устанавливает в документации требования к остаточному сроку годности товаров, то такой срок целесообразно определить периодом (например, в годах, месяцах, днях) либо конкретной датой, до которой эти товары должны сохранять пригодность.

По мнению ФАС России, в целях снижения антиконкурентных рисков и возможности ограничения количества участников закупок заказчику целесообразно избегать указания в технической документации требований к срокам годности товара, выраженных в процентах.

**Таким образом,** требование об остаточном сроке годности товара, указанном в аукционной документации, является нарушением пункта 2 части 1 статьи 64 Федерального закона, поскольку влекут за собой ограничение количества участников аукциона или ограничение доступа к участию в аукционе».

На указанный довод жалобы Заказчиком представлены следующие возражения:

«Заявитель жалобы в п. 1 жалобы в/н 24380 указывает, что требование об остаточном сроке годности товара, указанное в аукционной документации (далее - АД), является нарушением п. 2 ч. 1 ст. 64 Закона №44-ФЗ, поскольку влекут за собой ограничение количества участников аукциона или ограничение доступа к участию в аукционе. В обоснование своих выводов заявитель ссылается на текст Письма ФАС

России от 31.10.2014 № АЦ/44495/14 «О рассмотрении обращения» (далее - Письмо). При этом заявитель толкует положения данного Письма весьма специфическим образом, фактически упуская существенные аспекты, изложенные ФАС России. Так, **ФАС России**, указывая на целесообразность избегать указания остаточного срока годности в процентах, тем не менее, **указывает, что данное требование не является общеобязательным и вопрос об ограничении количества участников закупки необходимо рассматривать в каждом конкретном случае, исходя из обстоятельств дела.**

Указанное требование установлено Заказчиком, исходя из собственных потребностей (согласно положениям Закона № 44-ФЗ). **При этом указание остаточного срока годности в процентах не свидетельствует о безусловном ограничении конкуренции только на этом основании.** Данную позицию разделяют многие территориальные УФАС, в частности Ульяновский УФАС (Решение Ульяновского УФАС России от 13.05.2014 по делу № 10891/03-2014), Курганский УФАС (Решение Курганского УФАС России от 28.09.2016 по делу № 05-02/179-16) и другие. Такой же точки зрения придерживается и судебная практика. В частности, **Верховный Суд РФ в Определении от 18.08.2016 № 307-КГ16-9523 по делу № А05-9084/2015 справедливо указал на отсутствие законодательно установленного запрета на исчисление остаточного срока годности товара в процентах».**

Комиссия согласилась с возражениями Заказчика, отмечая следующее.

В силу части 1 статьи 105 Федерального закона о контрактной системе **любой участник закупки**, а также осуществляющие общественный контроль общественные объединения, объединения юридических лиц в соответствии с законодательством Российской Федерации **имеют право обжаловать** в судебном порядке или **в порядке, установленном настоящей главой, в контрольный орган в сфере закупок действия** (бездействие) **заказчика**, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, комиссии по осуществлению закупок, ее членов, должностных лиц контрактной службы, контрактного управляющего, оператора электронной площадки, **если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки.**

Согласно части 9 статьи 105 Федерального закона о контрактной системе к жалобе прикладываются документы, подтверждающие ее обоснованность.

В нарушение указанных норм Заявителем не представлено документальных доказательств того, что требование об остаточном сроке годности товара, выраженное в процентах, влечет за собой ограничение количества участников закупки (например, документов, подтверждающих, что разными производителями имплантов устанавливаются различные сроки годности данного товара) и при этом каким-либо образом нарушает права и законные интересы Заявителя.

В связи с указанным, Комиссия признает довод жалобы необоснованным.

**3.2.** В силу части 1 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе контракт заключается на условиях, предусмотренных извещением об осуществлении

закупки или приглашением принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документацией о закупке, заявкой, окончательным предложением участника закупки, с которым заключается контракт, за исключением случаев, в которых в соответствии с настоящим Федеральным законом извещение об осуществлении закупки или приглашение принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя), документация о закупке, заявка, окончательное предложение не предусмотрены.

На основании части 4 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе в контракт включается **обязательное** условие об ответственности заказчика и поставщика (подрядчика, исполнителя) за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом.

В соответствии с частью 5 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе в случае просрочки исполнения заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, а также в иных случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, поставщик (подрядчик, исполнитель) вправе потребовать уплаты неустоек (штрафов, пеней). Пена начисляется за каждый день просрочки исполнения обязательства, предусмотренного контрактом, начиная со дня, следующего после дня истечения установленного контрактом срока исполнения обязательства. Такая пена устанавливается контрактом в размере одной трехсотой действующей на дату уплаты пеней ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от не уплаченной в срок суммы. Штрафы начисляются за ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных контрактом. Размер штрафа устанавливается контрактом в виде фиксированной суммы, определенной в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

Согласно части 8 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе штрафы начисляются за неисполнение или ненадлежащее исполнение поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных контрактом. Размер штрафа устанавливается контрактом в виде фиксированной суммы, определенной в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063 утверждены правила определения размера штрафа, начисляемого в случае ненадлежащего исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств, предусмотренных контрактом (за исключением просрочки исполнения обязательств заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем)), и размера пени, начисляемой за каждый день просрочки исполнения поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательства, предусмотренного контрактом (далее – Правила, утвержденные Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063).

Согласно части 3 Правил, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063, размер штрафа устанавливается условиями контракта в виде фиксированной суммы, рассчитываемой как процент

цены контракта или ее значения, определяемого в случаях, предусмотренных Федеральным законом о контрактной системе.

Частью 4 Правил, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063, установлено, что за ненадлежащее исполнение поставщиком (исполнителем, подрядчиком) обязательств, предусмотренных контрактом, за исключением просрочки исполнения заказчиком, поставщиком (подрядчиком, исполнителем) обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных контрактом, размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, определяемой в следующем порядке:

**а) 10 процентов цены контракта в случае, если цена контракта не превышает 3 млн. рублей;**

**б) 5 процентов цены контракта в случае, если цена контракта составляет от 3 млн. рублей до 50 млн. рублей;**

в) 1 процент цены контракта в случае, если цена контракта составляет от 50 млн. рублей до 100 млн. рублей;

г) 0,5 процента цены контракта в случае, если цена контракта превышает 100 млн. рублей.

Частью 5 Правил, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063, установлено, что за ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств по контракту, за исключением просрочки исполнения обязательств, размер штрафа устанавливается в виде фиксированной суммы, определяемой в следующем порядке:

**а) 2,5 процента цены контракта в случае, если цена контракта не превышает 3 млн. рублей;**

**б) 2 процента цены контракта в случае, если цена контракта составляет от 3 млн. рублей до 50 млн. рублей;**

в) 1,5 процента цены контракта в случае, если цена контракта составляет от 50 млн. рублей до 100 млн. рублей;

г) 0,5 процента цены контракта в случае, если цена контракта превышает 100 млн. рублей.

В жалобе Заявителя указано, что пункты 9.3 и 9.5 проекта контракта, являющегося неотъемлемой частью документации об аукционе, содержат условия, не соответствующие указанным требованиям:

*«9.3. За ненадлежащее исполнение Заказчиком обязательств, предусмотренных настоящим контрактом, за исключением просрочки исполнения обязательств, предусмотренных настоящим контрактом, устанавливается штраф в размере **2,5 процента** от цены контракта и составляет \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_) рублей \_\_\_\_ копеек.*

*9.5. За неисполнение или ненадлежащее исполнение Поставщиком обязательств, предусмотренных настоящим контрактом, за исключением просрочки исполнения*

Поставщиком обязательств (в том числе гарантийного обязательства), предусмотренных настоящим контрактом, устанавливается штраф в размере **10 процентов** от цены контракта и составляет \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_) рублей \_\_\_\_ копеек».

Изучив проект контракта, Комиссия установила следующее:

- во-первых, при цене контракта, превышающей три миллиона рублей, размер штрафа должен составлять **5 %** и **2 %** (при начальной (максимальной) цене контракта 3976371 руб. возможно было предположить, что цена, предложенная участниками аукциона, не будет снижена, что собственно и подтверждается протоколом проведения аукциона от 16.01.2016 - единственным участником закупки сделано ценовое предложение 3956489 руб.);

- во-вторых, учитывая, что контракт заключается по цене, предлагаемой участником закупки, но не превышающей начальную (максимальную) цену контракта, заказчик целесообразно устанавливать в проекте контракта под отлагательным условием все возможные значения размеров штрафа, предусмотренные Правилами, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063, для каждого порогового значения цены контракта, за исключением пороговых значений, превышающих начальную (максимальную) цену контракта.

Иными словами, в случае, если в результате аукциона цена контракта не будет снижена до предельного значения, предусмотренного подпунктами «а» пунктов 4 и 5 Правил (менее трех миллионов рублей), Заказчик не вправе будет внести существенные изменения в контракт при его заключении. При этом результат аукциона подтверждает, что Заказчик должен был столкнуться с данной проблемой на этапе заключения контракта с победителем.

Таким образом, Заказчиком в проекте контракта не был установлен порядок определения размера штрафа за ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных контрактом, соответствующий требованиям Правил, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063, что нарушает части 5 и 8 статьи 34 Федерального закона о контрактной системе, в связи с чем Комиссия признала довод жалобы обоснованным.

**3.3.** В силу части 3 статьи 65 Федерального закона о контрактной системе любой участник электронного аукциона, получивший аккредитацию на электронной площадке, вправе направить на адрес электронной площадки, на которой планируется проведение такого аукциона, запрос о даче разъяснений положений документации о таком аукционе. При этом участник такого аукциона вправе направить не более чем три запроса о даче разъяснений положений данной документации в отношении одного такого аукциона. В течение одного часа с момента поступления указанного запроса он направляется оператором электронной площадки заказчику.

В соответствии с требованиями части 4 статьи 65 Федерального закона о контрактной системе в течение двух дней с даты поступления от оператора электронной площадки указанного в [части 3](#) настоящей статьи запроса заказчик

размещает в единой информационной системе разъяснения положений документации об электронном аукционе **с указанием предмета запроса**, но без указания участника такого аукциона, от которого поступил указанный запрос, при условии, что указанный запрос поступил заказчику не позднее чем за три дня до даты окончания срока подачи заявок на участие в таком аукционе.

Комиссия установила, что в нарушение указанной нормы разъяснения положений документации об аукционе, размещенные Заказчиком 30.12.2016 на официальном сайте ЕИС, не содержат указания предмета запроса.

Руководствуясь пунктом 1 части 15 статьи 99, частью 8 статьи 106 Федерального закона о контрактной системе, Комиссия

#### РЕШИЛА:

**1.** Признать **обоснованной** жалобу ООО «Базис» на действия БУЗОО «Клинический медико-хирургический центр Министерства здравоохранения Омской области» при осуществлении закупки «Поставка имплантов для операций на позвоночнике» путем проведения электронного аукциона (извещение № 0352200029816000341) **в части** нарушения предусмотренных законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок требований к содержанию контракта, а именно к порядку определения размера штрафа за ненадлежащее исполнение обязательств.

**2.** Признать в действиях БУЗОО «Клинический медико-хирургический центр Министерства здравоохранения Омской области» нарушение требований частей 5 и 8 статьи 34, части 4 статьи 65 Федерального закона о контрактной системе, Постановления Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063.

**3.** На основании части 22 статьи 99 Федерального закона о контрактной системе выдать БУЗОО «Клинический медико-хирургический центр Министерства здравоохранения Омской области» предписание об устранении нарушений законодательства о контрактной системе в сфере закупок.

**4.** По выявленным нарушениям законодательства в сфере закупок передать материалы электронного аукциона должностному лицу Омского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении по части 1.4 статьи 7.30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.

**ПРЕДПИСАНИЕ № 03-10.1/12-2017**

## об устранении нарушений законодательства в сфере закупок

18 января 2017 г.

г.Омск

Комиссия Омского УФАС России по контролю в сфере закупок на территории Омской области (далее - Комиссия) в составе:

<...>,

рассмотрев жалобу ООО «Базис» на действия БУЗОО «Клинический медико-хирургический центр Министерства здравоохранения Омской области» при осуществлении закупки «Поставка имплантов для операций на позвоночнике» путем проведения электронного аукциона (извещение № 0352200029816000341) (далее – электронный аукцион),

в результате проведения внеплановой проверки в соответствии с подпунктом «б» пункта 1 части 3, частью 4 и пунктом 1 части 15 статьи 99 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Федеральный закон о контрактной системе), установив в действиях БУЗОО «Клинический медико-хирургический центр Министерства здравоохранения Омской области» нарушение требований частей 5 и 8 статьи 34, части 4 статьи 65 Федерального закона о контрактной системе, Постановления Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063,

на основании своего Решения от 18.01.2017 № 03-10.1/12-2017, руководствуясь пунктом 2 части 22, частью 23 статьи 99, частью 8 статьи 106 Федерального закона о контрактной системе,

### ПРЕДПИСЫВАЕТ:

**1.** БУЗОО «Клинический медико-хирургический центр Министерства здравоохранения Омской области» **в срок до 14.02.2017** при передаче победителю электронного аукциона проекта контракта внести изменения в пункты 9.3 и 9.5 в части указания размера штрафа за ненадлежащее исполнение обязательств по контракту в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.11.2013 № 1063.

**2. Проинформировать** Омское УФАС России об исполнении действий, указанных в пункте 1 настоящего предписания **в срок до 15.02.2017 в письменном виде с приложением подтверждающих документов.**

Контроль исполнения предписания возложить на члена Комиссии <...>.

Настоящее предписание может быть обжаловано в судебном порядке в течение

трех месяцев со дня его принятия.

**Невыполнение** должностным лицом заказчика, должностным лицом уполномоченного органа, должностным лицом уполномоченного учреждения, членом комиссии по осуществлению закупок, оператором электронной площадки, специализированной организацией **в установленный срок законного предписания влечет за собой административное наказание в виде административного штрафа** в соответствии с частью 7 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.